Konvalesciert die durch einen Miterben allein zugunsten eines anderen Miterben erfolgte Uebereignung einer beweglichen Nachlaßsache, wenn der Veräußerer stirbt und von seinen eigenen Miterben beerbt wird?

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

vorgelegt von

Walter Kalisch
Referendar

Breslau 1928

Spezialdruckerei für Dissertationen Dr. Herm. Eschenhagen, Kdt.-Ges., Ohlau i. Schles.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- u. staatsw. Fakultät der Universität Breslau
Berichterstatter: Professor Dr. Schott

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Binder: Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Leipzig 1901.

— Der Gegenstand. In Goldschmidts Ztschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 59, S. 1 ff.

Cosack: Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts. Jena 1904.

Crome: Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts.

Dernburg: Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reiches.

— Deutsches Erbrecht. In Das Bürgerliche Recht, Bd. V. Halle 1905.

— Pandekten. 7. Aufl.

Dersch: Das Prinzip der gesamten Hand und dessen Anwendbarkeit auf das Bürgerliche Gesetzbuch. Diss. Gießen 1905.

Doßmann: Das Recht des Miteigentümers. Diss. Halle 1908.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Eck: Die Stellung des Erben in dem Entwurfe eines BGB. für das Deutsche Reich. In Becker u. Fischer, Beiträge, Heft 17.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. III, 2.

Engländer: Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft, Grundlegung. Berlin 1914.

Frommhold: Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1900.

Fitting: Die rechtliche Natur der Anteile der Miterben nach BGB. Diss. Jena 1901.

Gierke: Das deutsche Genossenschaftsrecht. Berlin 1881.

— Sachenrecht.

— Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe in dem Entwurfe eines BGB. für das Deutsche Reich. In Becker u. Fischer, Beiträge, Heft 18. Berlin 1889.

Göppert: Beiträge zur Lehre vom Miteigentum nach dem preußischen Allgemeinen Landrecht. Halle 1864.

Goldmann-Lilienthal: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Hahn: Die Verfügungen der Miterben nach dem BGB. Diss. Marburg 1913.

Hirsch: Teilbarkeit des Eigentums nach römischem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Halle 1900.

ten Hompel: Die juristische Natur des Miteigentums. Diss. Leipzig 1906.

Hellwig: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1909.

— Anspruch und Klagrecht. Jena 1900.

Joerges: Zur Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand. Diss. Rostock 1900.

— Zur Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand nach deutschem Reichsrecht. In Goldschmidts Ztschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 49 und 51.

Joseph: Kleinere Streitfragen aus dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit. In Ztschr. d. dtsch. Notarvereins, Jahrg. 1905, S. 330 ff.

— Nochmals Miteigentum der Miterben, in Ztschr. d. dtsch. Notarvereins, Jahrg. 1906, S. 5 ff.

Juristische Wochenschrift, herausgegeben von Dr. Hugo Neumann.

Kattausch: Die Anteile der Miteigentümer und Gesamthänder an den gemeinschaftlichen Sachen. Diss. Gießen 1911.

Kreß: Die Erbengemeinschaft nach dem BGB. Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, hrsg. von Dr. O. Fischer. Jena 1903.

Laband: Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaft. Begriff und Natur der offenen Handelsgesellschaft. In Goldschmidts Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 30.

Lindemann-Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch. 2. Aufl. Leipzig 1923.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin 1889.

Nagler: Die gesamte Hand im Gesellschaftsrecht. (Ein Beitrag zum neudeutschen Gesellschaftsrecht.) Im sächs. Arch. für Bürg. Recht und Prozeß, Bd. 10, S. 695 ff.

Neubegger: Im Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 34, S. 68.

Nölle: Die rechtliche Natur der Erbengemeinschaft, insbesondere die Bestellung eines Nießbrauchs durch Miterben. Diss. Heidelberg 1910.

Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1898.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs zum BGB. Berlin 1898.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1908.

Reichsgerichtsräte. Das BGB. mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Die Rechtsprechung der Obersten Landesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan u. Falckmann.

Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand.

Sächsisches Archiv für Rechtspflege, herausgegeben von Lessing, Leipzig.

Sohm: Die deutsche Genossenschaft. In der Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Windscheid. Leipzig 1889.

— Der Gegenstand, ein Grundbegriff des Bürgerlichen Rechts. Leipzig 1905.

— Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung. Arch. f. Bürg. Recht, Bd. 28, S. 173 ff.

Soergel: Rechtsprechung.

Strohal: Der Sachbesitz nach dem BGB. Jher. Jahrb. für Dogmatik des Bürg. Rechts, Bd. 28, S. 1 ff.

— Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des BGB. Berlin 1901.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch.

Staudinger: Kommentar zum BGB. 7./8. Aufl. München-Berlin 1914.

Wächter: Ueber Teilung und Teilbarkeit der Sachen und Rechte. Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. 27, S. 155 ff.

Warneyer: Jahrbuch der Entscheidungen, die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.

Wolff: Der Mitbesitz nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Jher. Jahrb. für Dogmatik des Bürg. Rechts, Bd. 44, S. 143 ff.

Erstes Kapitel.

Einleitung.

So viel Neuerungen auch das Bürgerliche Gesetzbuch gebracht hat, so sehr sich auch die einzelnen Rechtsinstitute in ihrer Gestaltung verändert haben mögen; die prinzipiellen Grundlagen und rechtlichen Begriffe sind die alten geblieben. Daher bilden auch noch heute die Lehren des römischen Rechts die Grundlage für das Wissen jedes Juristen, und die rechtswissenschaftliche Sprache ist im Wesentlichen noch die gleiche wie früher. Allerdings sind es nicht nur die Spuren des von römischen Juristen überkommenen Erbes, welche das geltende Recht als Ergebnis einer Entwicklung erscheinen lassen. Vielmehr wurde gerade zur Zeit der Schöpfung des neuen Gesetzes allgemein der Ruf nach einer Gesetzgebung laut, die neben der Beibehaltung des aus Rom überkommenen Rechtssystems auch den Rechtsgedanken deutschen Ursprunges Raum geben sollte, und es regte sich gegen den ersten Entwurf zum BGB., der sich streng an die römische Rechtslehre hielt, allenthalben entschiedener Widerspruch.[1] So spiegeln sich im BGB., wie es uns jetzt vorliegt, nicht nur römische Rechtsbegriffe, sondern es haben auch Gedanken des deutschen Rechts — wie schon im ALR. — ihren Niederschlag gefunden.

Allerdings stellt nicht etwa das bürgerliche Recht eine vollkommene Verschmelzung deutscher mit römischen Rechtsvorstellungen dar. Eine solche Verschmelzung wäre nicht denkbar gewesen. Denn die Grundprinzipien beider Rechte sind vielfach einander so ungleich — das wird weiter unten für das hier in erster Reihe zu betrachtende Gemeinschaftsrecht noch näher darzulegen sein — daß die deutschen Rechtssätze dort, wo sie in das fast durchweg auf dem römischen Rechtssystem aufbauende BGB. sich Eingang verschafft haben, eben nur als „Sondervorschriften", als eine Ausnahme vom Prinzip, erscheinen. Bis ins Innerste, in den Grundlagen des Rechtssystems, macht sich der Einfluß des deutschen Rechts nur an einzelnen Stellen fühlbar.

So denkt, wer von einer „Person" spricht, auch jetzt an das Rechtssubjekt, wie es schon das römische Recht kannte; was wir als „Sache" bezeichnen, unterscheidet sich in nichts von der römischen „res". Von diesen Vorstellungen weichen aber die Grundbegriffe des deutschen Rechts nicht

1) Gierke, Der Entwurf und das Recht; Eck, in Becker u. Fischer, Beitr. Heft 17.

unerheblich ab, und es ist aus diesem Grunde für den heutigen Juristen, dessen Fachsprache und dessen Grundbegriffe fast sämtlich römischen Ursprunges sind, geradezu unmöglich, die deutschen Rechtsvorstellungen präzis darzustellen und zu erfassen.[2] Das Rüstzeug des Juristen ist eben dazu geschaffen, sich im Gebiete des geltenden Rechts und, entsprechend der geschichtlichen Entwicklung, auch des römischen Recht zu bewähren; die Institute des deutschen Rechts lassen sich aber — gerade im hier behandelten Gebiet des Gemeinschaftsrechts — mit unseren Vorstellungen und Rechtsbegriffen nicht voll erfassen.

Die gleiche Schwierigkeit ergibt sich überall dort, wo der Gesetzgeber deutsche Rechtsgedanken in das BGB. aufgenommen hat.

Bekanntlich prägt sich in der hier zu behandelnden Miterbengemeinschaft der Einfluß deutscher Rechtsgedanken besonders stark aus. Das Gemeinschaftsrecht ist ja dasjenige Gebiet, hinsichtlich dessen zur Zeit der Entstehung des Gesetzes die Forderung nach Anerkennung der Errungenschaften des deutschen Rechts mit größter Entschiedenheit gestellt wurde,[3] und es wird auch heut allgemein die Gemeinschaft der Miterben, wie sie im BGB. geregelt ist, als „Gemeinschaft zur gesamten Hand" gekennzeichnet, also als eine Gemeinschaft nach deutsch-rechtlichen Prinzipien. Kein Wunder daher, daß selbst unter gewandten und erfahrenen Juristen dieses Rechtsinstitut, — das in seinen Einzelheiten mit den Begriffen des römischen geschulten Juristen nicht bis ins letzte erfaßt werden kann — als Quelle besonderer Schwierigkeiten systematischer Art angesehen wird.

Wenn bereits darauf hingewiesen wurde, daß dieser Konflikt zwischen deutschen und römischen Rechtsgedanken, wo er im geltenden Recht auftritt, seinen Ursprung in der grundlegenden Verschiedenheit gewisser Grundvorstellungen des deutschen und römischen Rechtssystems hat, so leuchtet es ein, daß diese Gegensätzlichkeit und die aus ihr sich ergebenden Schwierigkeiten der rechtlichen Handhabung dort besonders deutlich hervortreten müssen, wo ein besonders weitgehend deutsch-rechtlich beeinflußtes Rechtsinstitut, — etwa die hier ausgewählte Gemeinschaft der Miterben — in Verbindung tritt mit einem Rechtsgrundsatze, der gerade in den grundlegenden Vorstellungen des römischen Rechts seine Wurzel hat.

Hier soll nun der Fall des § 185 Abs. II Halbsatz 3 BGB. (mit den aus dem Thema ersichtlichen Einschränkungen) — dessen

2) So erklärt sich auch der vielfach gegen Gierkes Genossenschaftsrecht erhobene Vorwurf der Unklarheit.

3) Vgl. Eck a. a. O.

Inhalt nach unseren (römischen) Vorstellungen vom Eigentum aus den im folgenden Kapitel dargelegten systematischen Gründen nahezu selbstverständlich ist — innerhalb einer bestehenden Erbengemeinschaft und die sich hierbei naturgemäß ergebenden Schwierigkeiten betrachtet werden.

Zweites Kapitel.

Die Bestimmung des § 185 BGB., soweit sie hier in Betracht kommt, lautet:

> „Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, wird wirksam, wenn er von dem Berechtigten beerbt wird und dieser für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet".

Innerhalb einer Miterbengemeinschaft würde dies den folgenden Tatbestand betreffen.

Es bestand eine Gemeinschaft von mindestens drei Miterben. Einer dieser Erben hat ohne die Zustimmung des Dritten eine zum Nachlaß gehörende bewegliche Sache dem anderen Miterben übereignet. Später ist der Veräußerer gestorben und von seinen beiden Miterben beerbt worden. Der Nachlaß ist noch nicht geteilt.

Die oben angeführte Gesetzesbestimmung müßte hier zu dem Schluß führen, daß das Veräußerungsgeschäft nunmehr wirksam geworden sei. Denn die „Berechtigten" im Sinne des § 185 BGB. waren die drei Erben gemeinschaftlich. Zwei von ihnen, der Veräußerer und der Erwerber, haben die Verfügung selbst vorgenommen, und beim Dritten ist der Fall des § 185 Abs. II Halbsatz 3 BGB. eingetreten.

Ist aber dieses Ergebnis mit dem Grundgedanken des § 185 Abs. II Halbsatz 3 BGB. vereinbar?

Drittes Kapitel.

Dieser Grundgedanke liegt für den Normalfall — wenn nämlich nur einer Erbe ist — darin, zu vermeiden, daß der Erbe zwar den Erwerber der vom Erblasser unberechtigt veräußerten Sache auf Herausgabe in Anspruch nehmen könnte, seinerseits aber auf Grund des Schuldverhältnisses, das der Verfügung des Erblassers zugrunde lag, die Sache sofort wieder zurückgeben müßte. Denn die rein obligatorische Verpflichtung zur Uebereignung der fremden Sache blieb ja wirksam, wenn auch der Erblasser zu der geschuldeten Verfügung nicht berechtigt war; und in diese Verpflichtung ist der Erbe durch den Erbfall eingetreten. Der Sinn des § 185 Abs. II Halb-

satz 3 BGB. liegt also in dem hier gewählten Spezialfall — daß es sich um eine unberechtigte V e r ä u ß e r u n g handelt — in dem Zusammentreffen des Anspruches des Erben auf Rückgewähr des veräußerten Gegenstandes mit seiner obligatorischen Verpflichtung zur Vornahme der vom Erblasser ohne rechtliche Wirkung versuchten Veräußerung.[4] Vor Anwendung des § 185 BGB. auf die innerhalb einer Miterbengemeinschaft erfolgte Veräußerung eines Nachlaßgegenstandes wird also zunächst zu untersuchen sein, ob auch in diesem Falle eine wirksame obligatorische Verpflichtung des Erblassers auf seine Miterben übergangen ist.

V i e r t e s K a p i t e l.

Die Entscheidung dieser Frage hängt davon ab, welches der wahre Inhalt der Verfügung gewesen ist, zu deren Vornahme der Erblasser sich verpflichtet hatte und die er dann auch, allerdings ohne rechtliche Wirkung, vorgenommen hat. Diese Verfügung war nichtig, da sie ja von einem Nichtberechtigten vorgenommen wurde; doch besteht innerhalb solcher unwirksamen Verfügungen ein Unterschied, der keineswegs unbeachtet bleiben darf.

War nämlich die Verfügung n u r deshalb nichtig, weil sie von dem Erblasser als einem Nichtberechtigten vorgenommen worden ist, dann blieb die zugrunde liegende obligatorische Verbindlichkeit trotzdem bestehen. Dies braucht aber nicht notwendig der Fall zu sein. Anders verhält es sich nämlich, wenn schon die obligatorische Verpflichtung auf eine inhaltlich undenkbare Verfügung gerichtet gewesen ist. Dann war eine Verpflichtung, diese Verfügung vorzunehmen, schon für den Erblasser nicht entstanden. Das Verpflichtungsgeschäft ist dann einfach ein rechtliches Nichts, weil es auf eine rechtlich sinnlose, unvorstellbare Verfügung gerichtet war.

Diese Scheidung innerhalb der Verfügungen — und entsprechend innerhalb der auf solche Verfügungen gerichteten Verpflichtungsgeschäfte - nimmt implicite auch das Reichsgericht im 93. Bd. S. 294 vor. Es hebt ebenfalls innerhalb der nichtigen Verfügungen solche hervor, denen das Gesetz die Wirksamkeit aus begrifflichen Gründen versagt. Diese bleiben, auch im Falle des § 185 BGB., völlig wirkungslos. Die andere Kategorie der von einem Nichtberechtigten vorgenommenen Verfügungen ist zwar auch absolut nichtig. Das Unterscheidungsmerkmal liegt aber darin, daß hier die Norm, welche eine solche Verfügung verbietet, nicht im inneren Aufbau des Gesetzes begründet ist, sondern es handelt sich hier dem Zweck nach um Schutz-

4) Vgl. auch RG. 110/95.

vorschriften im Interesse des durch die Verfügung verletzten Berechtigten. Auch die genannte Entscheidung gelangt[5] zu dem Ergebnis, daß eine Heilung der ersteren Gruppe der von einem Nichtberechtigten vorgenommenen Verfügungen durch § 185 Abs. II Halbsatz 3 BGB. überhaupt nicht möglich sei. (Abweichend allerdings das Kammergericht in JW. 1921, S. 249 ff., doch ohne Widerlegung der obigen Begründung.

Es seien hier noch die Ausführungen von Cohn-Halle, in JW. 1921, S. 250, erwähnt, der die Anwendbarkeit des § 185 Abs. 2 Halbsatz 3 auf Miterben aus einem anderen Gesichtspunkt ablehnt. Es ergebe sich dies aus dem Wortlaut des § 185 Abs. 2 Halbsatz 2: „Die Verfügung wird wirksam, wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt". Die ganze Bestimmung beziehe sich also nur auf die vom Nichteigentümer vorgenommene Verfügung. Daher sei die Verfügung des einzelnen Miterben — der ja Eigentumsrechte am Gegenstand der Verfügung schon hat — keine Verfügung eines Nichtberechtigten im Sinne des § 185 BGB.

Diese Ansicht ist schon mit Rücksicht auf ihre Konsequenzen nicht haltbar. Es geht nicht an, daß die Verfügung des Nichteigentümers prinzipiell heilbar, die Verfügung desjenigen, dem nur kein volles Eigentum zusteht, aber ein für allemal nichtig sein sollte.[6]

Fünftes Kapitel.

Die Anwendung des § 185 Abs. II Halbsatz 3 BGB. ist also an die Voraussetzung geknüpft, daß sich der Erblasser zur Vornahme der Verfügung mit Rücksicht auf ihren Inhalt wenigstens obligatorisch verpflichten konnte, und es wird demnach zunächst der Feststellung bedürfen, welches im hier behandelten Falle der eigentliche Inhalt der vom Erblasser vorgenommenen Verfügung gewesen ist.

Wenn der Erblasser eine Nachlaßsache an einen seiner eigenen Miterben veräußerte, so kann sich diese Verfügung nicht auf die ganze Sache bezogen haben. Denn an dem Eigentumsrecht an der Sache war ja der Erwerber als Miterbe schon in irgendeiner Form beteiligt. Die Verfügung kann also nur darin bestanden haben, daß der Erblasser das Eigentum nur insoweit auf den dritten Miterben übertragen wollte, als es ihm selbst und dem anderen Mit-

5) Allerdings auf einem anderen als dem oben dargelegten Wege.

6) Vgl. auch Mot. II, S. 875: „Einseitige Verfügungen des Teilhabers über das Ganze stehen Verfügungen über fremdes Eigentum gleich."

erben zustand. Er hat also, um den Ausdruck des BGB. anzuwenden, über seinen und des Miterben „Anteil" an der Sache verfügt.

Eine solche Verfügung ist aber gemäß § 2033 Abs. 2 BGB. unzulässig. Für die Entscheidung, ob eine entgegen dieser Vorschrift getroffene Verfügung durch den späteren Erbfall konvaleszieren kann, ist, wie im vorigen Kapitel dargelegt wurde, die Frage ausschlaggebend, ob es begriffliche Gründe sind, welche die Veräußerung des „Anteils" eines Miterben an der einzelnen Nachlaßsache verbieten.

Diese Frage, die allgemein dahin formuliert wird, ob den Miterben am einzelnen Nachlaßobjekt ein Anteil zusteht oder nicht, war schon unter der Herrschaft des ALR. bestritten.

Sechstes Kapitel.

Das Bürgerliche Gesetzbuch selbst gibt über diese Frage keinen Aufschluß. Die Vorschrift des § 2033 Abs. 2 BGB. — die einzige, die hier in Betracht kommt — lautet:

„Ueber seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen kann ein Miterbe nicht verfügen".

Hellwig[7] versucht allerdings eine rein dialektische Auslegung. Der § 2033 Abs. 2 BGB. beweise gerade durch seine Fassung, daß Gegenstand der Gemeinschaft das einzelne Nachlaßobjekt sei, denn „es könne nur verboten werden, was an sich möglich sei". Mit demselben Recht könnte aber auch der Schluß gezogen werden, daß das Gesetz durch dieses Verbot eben gerade eine im System begründete Unmöglickkeit dieser Verfügung ausdrücklich hervorheben wolle.

Andererseits kann aus der Verfügungsbeschränkung auch nicht etwa auf das Fehlen des Anteilsrechts geschlossen werden, denn man kann auch Eigentum haben, bezüglich dessen die Verfügungsmacht noch auspendiert ist.[8]

Das geltende Recht bietet also für die Entscheidung der Streitfrage keinen Anhalt. Es ist daher erforderlich, weiter zurückgehend die Vorbilder des BGB., das römische und deutsche Recht, und ihre Regelung des Miterbenverhältnisses heranzuziehen.

Siebentes Kapitel.

Bei dieser Betrachtung der Struktur der Miterbengemeinschaft als des engsten aller Gemeinschaftsverhältnisse wird besonders deut-

7) I, § 49, II, I, S. 30 ff.
8) Göppert, S. 94; Dernburg, Dtsch.Privatr. I § 80, S. 669; Nölle, S. 26.

lich, daß eine Rechtsgemeinschaft im wahren Sinne des Wortes weder dem römischen noch dem deutschen noch auch dem geltenden Recht bekannt ist .

Denn eine Rechtsgemeinschaft liegt nicht schon dann vor, wenn mehreren Personen Rechte an ein und derselben Sache zustehen. Vielmehr muß es auch ein und dasselbe Recht sein, das diesen mehreren zusteht. Eine solche Mehrzuständigkeit ein und desselben Rechts ist dem bisherigen und dem geltenden Recht grundsätzlich fremd. Kommt ein und dasselbe Recht mehreren Subjekten zu, so muß begriffsnotwendig eine Teilung quantitativer oder funktioneller Art eintreten.

Sollen z. B. mehrere Eigentum an einer Sache haben, so ist dies entweder nur so denkbar, daß dem einen das Recht zustände, über die Sache zu verfügen, dem anderen das Recht, sie zu benützen, einem Dritten der Mitbesitz usw. oder es muß jedem ein quantitativ beschränkter Anteil an der Gesamtheit dieser Funktionen zuerkannt werden. Niemals kann aber das quantitativ und funktionell ungeteilte Recht mehreren gesonderten Subjekten zustehen. Eine andere Lösung ist für uns — und ebenso für die Juristen des römischen und des deutschen Rechts — undenkbar.

Die Art und Weise, wie sich das römische und das deutsche Recht mit dieser Voraussetzung bei ihrer Regelung der Miterbengemeinschaft abgefunden haben, ist grundsätzlich verschieden.

Im römischen Recht tritt quantitative Teilung des „gemeinschaftlichen" Rechts, entsprechend dem heutigen Miteigentum, ein. Auf eine wirkliche Gemeinschaft am ungeteilten Recht wird also völlig verzichtet.

Im deutschen Recht tritt zwar eine Teilung nicht ein; weder erhalten die gesamthänderischen Gemeinschafter einzelne Funktionen des gemeinschaftlichen Rechts, noch Quoten. Trotzdem steht aber das ungeteilt bleibende Recht nicht mehreren gesonderten Rechtssubjekten zu, sondern einem einzigen — allerdings besonders gearteten — Rechtsträger, der von den einzelnen Berechtigten gebildet wird. Eine Rechtsgemeinschaft im eigentlichen Sinne tritt also auch hier nicht ein.

Achtes Kapitel.

Betrachten wir das römische und gemeine Recht gesondert, so zeigt sich, daß diesen Rechten zwar die heriditas als einheitlicher Begriff bekannt war, aber nur im wirtschaftlichen Sinne. In ihrer rechtlichen Behandlung prägt sich diese Einheitlichkeit, Zu-

sammengehörigkeit der zur Erbschaft gehörenden Rechte, der in ihr enthaltenen Ansprüche und Verbindlichkeiten, nicht aus. Man erkannte die Vorstellung einer Sachgesamtheit als rechtlichen Begriff nicht an und konnte daher auch in der heriditas nichts anderes erblicken als eine Summe von lediglich durch außerjuristische Beziehungen verbundenen Einzelrechten.[9]

Ebenso behielten auch die einzelnen Miterben als Rechtssubjekte ihre Selbständigkeit .

Demzufolge zerfielen die in der Erbschaft enthaltenen Forderungen in Teilobligationen, entsprechend der Anzahl der Miterben. Man folgte damit dem schon dem Rechte der 12 Tafeln eigentümlichen Grundsatz. ‚Nomina sunt ibso iure divisa".[10]

Diese individuelle Betrachtungsweise der in der Erbschaft enthaltenen Rechte und ihrer Träger prägte sich naturgemäß schon beim Eintritt der Miterben in die Erbengemeinschaft aus: Die Erben sukzedierten in die einzelnen Rechte des Erblassers, und zwar verschieden, je nach deren rechtlicher Natur.

Auch am Eigentum an den Erbschaftssachen trat die Teilung ein; die Miterben wurden Miteigentümer nach festen Quoten,[11] partes pro indiviso.

Die die hereditas darstellende Gesamtheit von Rechten, welche bis zum Erbfall nur e i n e m Subjekt, dem Erblasser, zugestanden hatten, teilte sich also in eine Reihe von selbständigen, individuellen Rechtssphären, die unabhängig voneinander fortbestanden. Bei dieser Sachlage bestand auch kein Anlaß, den einzelnen Miterben in seiner Verfügungsfreiheit einzuengen. Denn da ein rechtlicher Zusammenhang der den Miterben zustehenden Rechte nicht anerkannt war, konnten sich auch die von diesen Miterben selbständig getroffenen Verfügungen in ihrer Wirkung nicht auf die Rechte der übrigen erstrecken. Daher durfte jeder Miterbe über die einzelnen Nachlaßgegenstände insoweit frei verfügen, als seine Berechtigung daran reichte; er war insbesondere in der Verfügung über seine Quote an der einzelnen Nachlaßsache völlig frei.[12] Der Erwerber trat dann einfach in die anteilsweise Berechtigung des ausscheidenden Miterben ein.[13]

Diese Behandlungsweise hatte sicherlich den Vorzug rechtlicher Einfachheit und Folgerichtigkeit. Wenn sie gleichwohl nicht ins gel-

9) Windscheid-Kipp III § 608, II § 299; Dernburg, Pand. III § 175.
10) 1.6 C fam. erz. 3,36:
11) 1.1 pr. II 9—16. pr. § 3; 1. 22 pr. D 10,2.
12) 1,6 § 9 de com. div. 10,3; 1, 1,2 C 4,52 de com. rer. alien.
13) 1. 54 D fam. erc. 10,2; 1. 3. com. div. 3,38.

tende Recht übernommen worden ist, so liegen auch die Gründe dafür, nicht in einer Unterschätzung dieser für ihre Handhabung sehr wesentlichen Vorzüge, vielmehr liegt der Nachteil dieser Auffassung in ihren praktischen Konsequenzen. Das war nicht nur für die Miterben fühlbar, sondern ebenso auch für jeden Dritten, der zu ihnen in rechtlichen Beziehungen stand. Denn die Miterben selbst mußten es sich gefallen lassen, daß in ihre Gemeinschaft — die, wenn auch nicht rechtlich, so doch durch verwandtschaftliche und wirtschaftliche Interessen verbunden war — beliebige Dritte durch Erwerb irgendwelcher Teilberechtigungen eintraten. Die Nachlaßgläubiger andererseits, die allein mit dem vermögenden Erblasser kontrahiert hatten, konnten sich plötzlich einer großen Anzahl von unbemittelten Teilschuldnern gegenüber sehen, bei denen sie jetzt nach einander die Leistungen eintreiben mußten. Und in einer entsprechenden Lage befand sich auch der Nachlaßschuldner, der genötigt war, an Stelle eines einzigen Gläubigers eine Menge von Teilgläubigers zu befriedigen.[14]

Aus diesen Mängeln erklärt es sich, daß der erste Entwurf des BGB. mit seiner streng romanistisch gerichteten Regelung der Erbengemeinschaft, wie des Gemeinschaftsrechts überhaupt, einer heftigen Kritik begegnete, und daß man damals forderte, bei der Schaffung des neuen Gesetzes die Ideen des deutschen Rechts zum Vorbild zu nehmen, wie sie sich in der vom ALR. getroffenen Regelung ausprägten.[15]

Neuntes Kapitel.

Tatsächlich war auch die deutsch-rechtliche Regelung der Gemeinschaftsverhältnisse eine grundlegend andere. Daß es eine Rechtsgemeinschaft im eigentlichen Sinne auch hier nicht gab, wurde bereits oben erwähnt. Während aber das römische Recht auf jede Gemeinschaftlichkeit des Rechts von vornherein verzichtete und gerade das Gegenteil einer Gemeinschaft, nämlich Teilung, eintreten ließ, hat doch das deutsche Recht in der Gemeinschaft zur gesamten Hand ein Rechtsinstitut geschaffen, das einer wirklichen Gemeinschaft am ungeteilten Recht weit näher steht.

Die engere Bindung, wie sie der Gemeinschaft zur gesamten Hand eigentümlich ist, prägt sich in gleicher Weise auf Seiten des Subjekts wie des Objekts dieser Gemeinschaft aus.

14) Vgl. Fitting, S. 7.
15) Vgl. Eck, S. 39 ff.; Gierke, „Der Entwurf und das Recht“, S. 594; Sohm, „Die Genossenschaft“.

Die Gemeinschafter sind zu einem einheitlichen Subjekt verbunden, das weder eine juristische noch eine Mehrheit von natürlichen Personen darstellt. Es handelt sich also um einen Begriff, der dem römischen und auch dem geltenden Recht fremd ist. Daher läßt sich auch dieses eigentümlich ausgestaltete Subjekt mit den uns zu Gebote stehenden Mitteln nicht beschreiben. Das Rechtssubjekt ist von den einzelnen Berechtigten nicht losgelöst, sondern „es ist die Mehrheit in ihrer Verbindung zur kollektiven Einheit, welche die Eigentumsbefugnisse an den gemeinschaftlichen Sachen hat und ausübt".[16] Dabei bleibt das Rechtssubjekt „als bloße Summe abhängig von den in ihm verbundenen Subjekten".

Also an Stelle der Gemeinschaft mehrerer an einem Recht wird hier die Berechtigung nur eines, allerdings besonders gearteten, Subjekts gesetzt.

Dem entspricht auch die rechtliche Behandlung des Objekts der gesamthänderischen Gemeinschaft; der „Kollektiveinheit"[17] als Subjekt steht das „Gesamtobjekt"[18] gegenüber.

Die wirtschaftliche Zusammengehörigkeit der zum Gesamthandvermögen gehörigen Sachen kommt hier auch rechtlich zum Ausdruck. Die einzelnen Sachen haben als Rechtsobjekte überhaupt keine selbständige Existenz, es können Rechte an ihnen weder begründet werden noch bestehen. Rechtsobjekt ist nur die Gesamtheit des Gemeinschaftsvermögens als juristisch anerkannter Inbegriff. Daher hat auch die Gesamtheit der Gemeinschafter Rechte nur an dem Gesamtobjekt: ein Anteil an den einzelnen Sachen besteht rechtlich überhaupt nicht. Eine anteilsweise Berechtigung der Gemeinschaftsmitglieder am Vermögen der Gesamthand besteht also nur in dem Sinne, daß „nur die Sphäre als Ganzes in Anteile zerfällt, während die durch die dazwischen stehende Einheit des Ganzen geschützten Einzelrechte und Einzelpflichten vor der Zerlegung in Anteile bewahrt bleiben.[19]

Zehntes Kapitel.

Fragt man sich nun, welcher der beiden soeben dargestellten Auffassungen das geltende Recht bei der Regelung der Erbengemeinschaft gefolgt ist, so leuchtet von vornherein ein, daß die Antwort lauten muß: weder der einen noch der anderen.

Der Uebernahme der Regelung des römischen Recht ins BGB. hätten allerdings Bedenken systematischer Art naturgemäß nicht ent-

16) Gierke a. a. O. S. 954.
17) Gierke a. a. O.
18) Gierke a. a. O.
19) Gierke a. a. O. S. 934.

gegengestanden. Aber es wurde bereits weiter oben erwähnt, daß man den ursprünglichen Entwurf, der eine solche Fassung vorsah, hat fallen lassen, und zwar nicht zum mindesten in der Absicht, damit den vielgeäußerten Bestrebungen zu entsprechen, welche die Aufnahme der deutschen Rechtsbegriffe gerade auf diesem Gebiet forderten.

Aber auch die deutsch-rechtliche Gemeinschaft zur gesamten Hand kann nicht — und zwar gerade ihrer rechtlichen Grundvorstellungen wegen nicht — ins geltende Recht übernommen worden sein. Denn weder verträgt sich das „Kollektivsubjekt" noch das „Gesamtobjekt" des deutschen Rechts mit unseren Rechtsvorstellungen.

Das deutsch-rechtliche Subjekt der Gemeinschaft zur gesamten Hand ist eine Mehrheit von Personen, welche die Fähigkeit besitzt, Rechtsträger zu sein, ohne jedoch die einzelnen Subjekte, durch welche sie gebildet ist, ihrer rechtlichen Selbständigkeit zu entkleiden. Um ein Einzelsubjekt handelt es sich also nicht; der Rechtsträger soll ja von einer Mehrheit selbständiger physischer Personen erst gebildet werden. Ebensowenig kommt aber die Figur der juristischen Person in Betracht. „Während nämlich bei den juristischen Personen ein vom Einzelwillen losgelöster und in einer selbständigen Verbandsorganisation verkörperter Gemeinschaftswille besteht, ist bei der Gesamthand in dem herrschenden gemeinschaftlichen Willen der Einzelwille eines jeden als essentieller Faktor enthalten und kenntlich.[20] Es handelt sich also weder um eine physische noch um eine juristische Person.[21] Nun kennt aber das geltende Recht nur zwei Rechtsträger, die natürliche Person und die juristische. Ein Subjekt, das weder das eine ist noch das andere, gibt es in unserer Vorstellung nicht.

Ebenso verhält sich das heutige Recht gegenüber dem Gesamtobjekt. Auch das BGB. kennt zwar Sachbegriffe, aber nur im wirtschaftlichen Sinne. Daß es sich dabei niemals um eine wirkliche universitas iuris handelt, geht aus den Vorschriften über die Begründung von Sachenrechten an solchen Inbegriffen hervor. Wenn z. B. auch der Bestellung eines Nießbrauchs am ganzen Vermögen nichts im Wege steht, so kann doch der Nießbraucher sein Recht nur an den einzelnen Vermögensgegenständen erwerben.[22] Ebenso kann ein Pfandrecht an einer Sachgesamtheit nur durch Uebergabe der einzelnen Gegenstände zur Entstehung gelangen.[23]

---

20) a. a. O. S. 343.
21) Nagler, S. 721; Joerges, S. 95 ff.; Leonhard, 3 c zu § 2032; Binder, S. 16 ff. Fitting, S. 68.
22) § 1085 BGB.
23) § 1205 Abs. 1 BGB.

Nun ist allerdings auch behauptet worden, gerade der Nachlaß nehme hier eine Sonderstellung ein. Denn das Gesetz sage ja ausdrücklich, daß das Vermögen des Erblassers bei dessen Tode als Ganzes auf den Erben übergehe.[25] Also werde der Nachlaß bei seinem Uebergange doch als universitas iuris behandelt. Dabei wird aber übersehen, daß es sich ja hier um gesetzlichen Uebergang handelt und nicht um rechtsgeschäftliche Uebertragung. Gerade deshalb wäre es aber völlig überflüssig gewesen, hier von einem gesonderten Uebergang der einzelnen Sachen zu sprechen. Vor allen Dingen ist aber in § 2374 BGB. ausdrücklich für die Uebertragung an den Erbschaftskäufer die Bestimmung getroffen, daß dessen Rechtserwerb nur an den einzelnen Nachlaßsachen erfolgen kann.

Ebenso unrichtig ist es, die rechtliche Inbegriffsqualität des Nachlasses aus dem Umstande entnehmen zu wollen, daß das Gesetz[27] einen gesonderten Konkurs über den Nachlaß vorsieht. Denn diese Tatsache beweist allerdings, daß der Nachlaß ein Sondervermögen ist; das ist auch ganz zweifellos zutreffend, hat aber mit der hier aufgestellten Behauptung nichts zu tun, daß dieses Sondervermögen keine universitas iuris vorstelle.

Auch die Regelung der Miterbengemeinschaft des deutschen Rechts ist also dem geltenden Recht grundsätzlich fremd.

Demnach kann weder die Auffassung des römischen noch die des deutschen Rechts unmittelbar ins BGB. übergegangen sein.

Elftes Kapitel.

So ergibt sich, daß die Struktur der Erbengemeinschaft jedenfalls nicht ausschließlich im Sinne des römischen Rechts aufgefaßt werden darf; denn eine solche Ansicht würde dem bekannten Willen des Gesetzgebers widersprechen.

Andererseits ist auch diejenige Konstruktion unannehmbar, die sich vollständig der deutsch-rechtlichen Regelung anschließt. Dieser Standpunkt muß nach dem oben Gesagten zu Widersprüchen grundsätzlicher Art führen.

Andererseits ist aber bekanntlich das geltende Recht auf der Grundlage dieser beiden Rechtssysteme geschaffen worden. Es kann mithin nur diejenige Auffassung der Erbengemeinschaft des heutigen Rechts als zutreffend anerkannt werden, welche die Prinzipien beider Rechte, des deutschen und des römischen, in sich vereint.

---

25) Vgl. Hahn, S. 13.
26) § 1922 BGB.
27) §§ 214 ff. KO.

Damit ist aber schon gesagt, daß auf eine befriedigende Lösung der Streitfrage nach der Struktur der Erbengemeinschaft des geltenden Rechts verzichtet werden muß. Denn die Prinzipien des deutschen und des römischen Rechts lassen sich eben nicht widerspruchslos verschmelzen. Es wurde weiter oben schon darauf hingewiesen, daß hier so tief greifende Unterschiede bestehen — und das gerade in den grundlegenden Vorstellungen —, daß eine Vereinigung von römisch- und deutsch-rechtlichen Prinzipien nicht vorstellbar ist.

Es kann also nicht darauf ankommen, festzustellen, welches die „richtige" Konstruktion ist — denn es muß ja jede Ansicht, die den hier gegebenen Voraussetzungen genügt, auf gewisse Schwierigkeiten führen —, sondern es wird die praktischste Konstruktion zu suchen sein, d. h. diejenige, welche ohne Einführung neuer Rechtsbegriffe auf die geringsten Widersprüche gegenüber den sonstigen Begriffen des BGB. führt.

Zwölftes Kapitel.

Der Vorzug, von Unklarheiten und Phantastereien grundsätzlich fern geblieben zu sein, kommt in erster Linie der Theorie Binders zu.[28]

Den Ausgangspunkt bildet die Erwägung, daß an einen Begriff, der im Bereiche des BGB. Geltung haben soll, zunächst die Anforderung zu stellen sei, daß er sich mit den feststehenden Grundbegriffen des geltenden Rechts in restloser Uebereinstimmung halte. Historische Gesichtspunkte seien dabei ganz auszuschalten, denn es komme für die Auslegung des geltenden Rechts erst in zweiter Reihe auf die Auffassung des früheren Rechts an.[29] In erster Linie sei zu berücksichtigen, inwieweit der gesuchte Rechtsbegriff dem Geiste des geltenden Rechts entspricht. Der Maßstab hierfür sei die Möglichkeit, einen solchen Begriff aus den bekannten Grundvorstellungen des geltenden Rechts zu rekonstruieren.

Es ist bereits weiter oben angedeutet worden, daß diesen Anforderungen keine der begrifflichen Grundlagen der deutsch-rechtlichen Gemeinschaftsregelung genügt. Denn die Angelpunkte der deutsch-rechtlichen Vorstellung sind das oben geschilderte kollektive Subjekt und das Gesamtobjekt. Beide sind den grundlegenden Vorstellungen des geltenden Rechts wesensfremd. Daher mußte Binder folgerichtig zur völligen Außerachtlassung des deutsch-rechtlichen Einflusses gelangen.

Für ihn ist vielmehr zunächst die Frage wesentlich, ob denn der Inhalt des BGB. überhaupt den konstruierenden Juristen dazu

---

28) Ebenso Joerges und Nagler, Sächs. Arch. Bd. 10, S. 723.
29) Binder, Bd. 3, S. 29.

zwingt, bei der rechtlichen Behandlung der Erbengemeinschaft eine Art der „Gemeinschaftlichkeit" eines Rechts anzunehmen, die das BGB. sonst nicht kennt. Gemeinschaftliches Eigentum ist im BGB. an anderen Orten nur als quotenmäßig geteiltes „Miteigentum" anerkannt. Daher nimmt die Lehre Binders ihren Ausgang von der Untersuchung, ob die Vorschriften des BGB. über das Verhältnis der Miterben zu der Annahme nötigen, daß es sich hier um etwas anderes handelt als um das in den §§ 1008 ff. geregelte Miteigentum.

Daß es außer der dort behandelten bruchteilsmäßigen Gemeinschaftlichkeit einer Sache noch eine andere geben muß, scheint allerdings aus § 1008 BGB. hervorzugehen.

„Steht das Eigentum an einer Sache mehreren nach Bruchteilen zu, so gelten die Vorschriften der §§ 1009 bis 1011".

Dieser Ausdrucksweise wird jedoch mit Recht kein ausschlaggebendes Gewicht beigemessen. Und zwar deshalb nicht, weil ja die Frage, ob das Eigentum mehreren nach Bruchteilen zusteht, oder in anderer Weise, eine Frage der rechtlichen Qualifikation ist. Demnach hätten die Gesetzgeber die Beurteilung, ob im einzelnen Falle die dort bezeichneten Vorschriften Anwendung finden oder nicht, statt sie an sichtbare Voraussetzungen zu knüpfen, gerade wieder der rechtlichen Würdigung des Einzelfalles überlassen. Aus dem Wortlaut des § 1008 läßt sich also — und zu dieser Einsicht gelangt auch Binder — jedenfalls nicht schließen, daß das BGB. noch eine andere Form der Zuständigkeit des Eigentums an mehrere neben dem Miteigentum anerkenne.

Daher werden die Vorschriften über das Miteigentum nach Bruchteilen den einzelnen Bestimmungen über die Gemeinschaft der Miterben gegenübergestellt und untersucht, ob dabei Widersprüche systematischer Art hervortreten. Da dies, wie schon oben angedeutet worden, nicht der Fall ist, kommt die Lehre Binders zu dem Schluß, daß auch die Berechtigung der Miterben an den einzelnen Nachlaßsachen nach den Bestimmungen über das Miteigentum nach Bruchteilen zu beurteilen sei.

Es werden also — entsprechend der Auffassung des römischen Rechts — den einzelnen Miterben Eigentumsanteile an den einzelnen Nachlaßsachen nach bestimmten Quoten zugesprochen.

Diese Theorie teilt mit der Auffassung des römischen Rechts — mit der sie ja auch völlig übereinstimmt — den gewiß nicht zu unterschätzenden Vorzug der Einfachheit und Klarheit. Aber abgesehen davon, daß hier der Wille des Gesetzgebers völlig außer acht gelassen ist — dieser Wille ist ja gerade bei dem Rechtsinstitut der Miterben-

gemeinschaft bekannt — bleibt die Auffassung Binders auch dann noch unbefriedigend, wenn man seinen Voraussetzungen folgt und die gesetzgeberische Absicht nur insoweit in Betracht zieht, als sie auch tatsächlich im Gesetz ihren unverkennbaren Niederschlag gefunden hat.

Das ist aber deutlich der Fall, und es würde sicherlich die hier behandelte Streitfrage unter der Herrschaft des geltenden Rechts jede Bedeutung verloren haben, wenn nicht das BGB gerade in seiner Behandlung der Miterbengemeinschaft Bestimmungen enthielte, die dieser Gemeinschaft eine Sonderstellung verschaffen. Hierher gehört vor allem die schon weiter oben angeführte Verfügungsbeschränkung des § 2033 Abs. 2. Die Theorie Binders beschränkt sich darauf, nachzuweisen, daß diese Bestimmung gegenüber einer Anwendung der Vorschriften über das bruchteilsmäßige Miteigentum keine systematischen Widersprüche enthält. Darauf kommt es aber nicht allein an; eine Theorie, welche es sich zur Aufgabe macht, die Besonderheiten der Miterbengemeinschaft zu erklären, muß gerade diese Bestimmung als die wesentlichste Eigentümlichkeit des Miterbenrechts konstruktiv verwerten. Das geschieht aber in der Erklärung der hier dargestellten Theorie nicht. Gerade die Verfügungsbeschränkung hinsichtlich des Anteils am einzelnen Nachlaßgegenstand wird als Sonderbestimmung angesehen, d. h. sie bleibt systematisch unerklärt.

Dreizehntes Kapitel.

Nicht weniger bedenklich sind diejenigen Ansichten, die in Gefolgschaft Gierkes ihrer Auffassung des geltenden Rechts der Miterbengemeinschaft die deutsche Gesamthand ohne alle Modifikationen zugrunde legen. Es sind das namentlich Planck[30] und Endemann.[31] Von einer eingehenden Darstellung ihre Lehre kann hier abgesehen werden, da ja die rechtliche Struktur der Gemeinschaft zur gesamten Hand bereits weiter oben beschrieben wurde.

Die Anhänger der hier dargestellten Theorie stützen ihre Auffassung im geraden Gegensatz zu Binder lediglich auf die geschichtliche Entwicklung. Sie haben den Vorzug, daß bei Zugrundelegung ihrer Auffassung die Besonderheiten in der Regelung der Erbengemeinschaft, wie sie das BGB. trifft, ihre systematische Begründung finden. Aber es wurde schon dargelegt, daß diese rein deutsch-rechtlich orientierte Lehre Begriffe übernimmt, mit denen der Jurist der Gegenwart nicht operieren kann. Mit den von dieser Theorie verwandten juristischen Begriffen lassen sich daher zwar die Vorschriften des BGB.

30) Bd. 5, Vorbem. zu § 2032.
31) S. 1019, 3

über die Gemeinschaft der Miterben restlos verstehen, aber auch nur diese. Unsere grundlegenden Rechtsvorstellungen stehen mit diesen Begriffen nicht im Einklang; bei einem Ineinandergreifen von Bestimmungen aus anderen Teilen des BGB. mit den so verstandenen Vorschriften über die Miterbengemeinschaft müßten sich daher unlösbare Schwierigkeiten ergeben.

Denn es kann bei systematisch einwandfreier Behandlung eines Rechtsfalles nicht unter Hinweis auf die deutsch-rechtliche Doktrin lediglich deren Schlußfolgerung zugrunde gelegt werden, daß es keine Anteile der Miterben am einzelnen Nachlaßgegenstand gebe. Vielmehr hätte dies wiederum die Einführung des deutschrechtlichen besonderen Subjekts und Objekts zur Voraussetzung. Mit der Uebernahme dieser Begriffe ins geltende Recht wären aber die soeben erwähnten Unstimmigkeiten unvermeidlich.

Daher kann auch dieser Theorie nicht gefolgt werden.

Vierzehntes Kapitel.

Die Nachteile der bisher wiedergegebenen Auffassungen des Wesens der Miterbengemeinschaft sucht Sohm[32] durch eine besondere Theorie zu vermeiden.

Er stimmt mit der zuerst dargestellten Lehre insofern überein, als er ebenfalls den Miterben einen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen zuerkennt. Es könne[33] in Wahrheit überhaupt keinen Anteil am Vermögen geben, sondern nur an den jeweils zum Vermögen gehörenden Sachen, denn das Vermögen als Ganzes sei kein Gegenstand.[34]

Der Anteil des Einzelnen am jeweiligen Nachlaßgegenstand sei aber kein Sachenrecht, sondern es handle sich hier um ein Recht besonderer Art, einen „personenrechtlichen Anteil". Unter einem Sachenrecht wird gemeinhin eine Relation zwischen einer bestimmten Sache verstanden. Dem Begriff des Sachenrechts sei, so wird ausgeführt, demnach die Verknüpfung mit einer individuell bestimmten Person wesentlich. Es gebe kein „Eigentum" gemeinhin, sondern nur das Eigentum einer bestimmten Person an einer bestimmten Sache. Daher sei auch das Eigentumsrecht zweier verschiedener Subjekte inhaltlich verschieden. Das Recht mehrerer an einer Sache sei daher auch ein anderes Recht als die Berechtigung nur eines Subjekts. Und zwar sei für den Inhalt dieses Rechts beim gesamthänderischen Eigentum —

32) Der Gegenstand, S. 86.
33) a. a. O. S. 71 ff.
34) „Gegenstand" ist nach Sohm alles das, was Objekt einer Verfügung sein kann.

im Gegensatz zum Sachenrecht eines Einzelnen — nicht der Erwerbsgrund in erster Linie maßgebend, sondern die Anzahl der Beteiligten, also nicht ein sachliches, sondern ein in der Person liegendes Merkmal. Auch für den Verlust des Rechts seien rein personenrechtliche Gründe maßgebend. Demnach handle es sich nicht um einen sachenrechtlichen Anteil, sondern um einen solchen kraft Personenrechts.

Abgesehen davon, daß diese Theorie praktisch ohne Belang ist, ist sie auch sachlich nicht unbedingt zutreffend. Will man nämlich selbst annehmen, daß das Rechtsverhältnis der Miterben untereinander nicht obligatorischer, sondern personenrechtlicher Natur in Sohms Sinne sei, so kann daraus höchstens gefolgert werden, daß die Existenz des Anteils auf Personenrecht beruht. Niemals aber läßt dies den Schluß zu, daß das Anteilsrecht selbst personenrechtlicher Natur sei.

Fünfzehntes Kapitel.

Wie das Wesen der eben dargestellten Theorie auf der Einführung eines neuen Begriffes für die rechtliche Konstruktion des Objekts der Miterbengemeinschaft beruhte, so fordert auch die Auffassung Engländers[35] die Anerkennung einer prinzipiell neuen konstruktiven Grundvorstellung. Lag aber bei Sohm diese Neuerung auf auf seiten des Objekts, so treten die Eigentümlichkeiten der Auffassung Engländers bei seiner Darstellung des Rechtsträgers der Erbengemeinschaft hervor.

Dieses Subjekt sei weder physische noch juristische Person, es handle sich demnach allerdings um einen Begriff, den die Rechtswissenschaft bisher nicht anerkenne. Tatsächlich bestehe aber neben der physischen und juristischen Person noch eine dritte Form des Rechtssubjekts. Man dürfe nämlich den Begriff der „Rechtsfähigkeit", die die wesentliche Eigenschaft des Subjekts vorstellt, nicht ausschließlich im Sinne des § 1 BGB. verstehen, sondern es müsse weiter auch demjenigen Subjekt die Qualität eines selbständigen Rechtsträgers zugesprochen werden, welcher nur die Fähigkeit besitzt, Träger bestimmter Rechte und Pflichten zu sein. Als Rechtssubjekt seien daher nicht nur solche Personenmehrheiten anzuerkennen, welche Subjekt aller beliebigen Rechte und Pflichten sein können, — also die juristischen Personen — sondern die Qualität eines selbständigen Subjekts komme auch solchen Mehrheiten zu, deren Fähigkeit, Rechte zu besitzen, gegenständlich beschränkt sei. Ein Rechtssubjekt dieser Art seien aber auch die Miterben in ihrer Gesamtheit. Daher

35) Die regelmäßige Erbengemeinschaft. Berlin 1914.

habe auch nur diese Gesamtheit, nicht aber ihre einzelnen Mitglieder Rechte an der Nachlaßsache.

Auch gegen diese Auffassung sind berechtigte Einwendungen erhoben worden.[36] Denn, wenn man selbst die von Engländer vorgeschlagene dritte Form des Rechtssubjekts akzeptieren wollte, so bliebe doch immer noch die Frage, was denn nun diese relative juristische Person auf denjenigen Gebieten des geltenden Rechts vorstelle, für welche ihr die Rechtsträgerhaft fehlt. Sie könnte dort doch nichts anderes sein als ein Rechtsverhältnis. Ein rechtliches Gebilde, das teils Person sein sollte, teils wieder nur ein Rechtsverhältnis, d. h. eine Beziehung zwischen Personen, ist aber nicht vorstellbar.[37]

Sechszehntes Kapitel

Für die zuletzt wiedergegebenen Theorien war es bezeichnend, daß sie sich von einer restlosen Befolgung der römisch-rechtlichen Gedanken fernhielten, ohne dabei die systemfremden Begriffe des deutschen Rechts ohne Modifikation ins geltende Recht hineinpressen zu wollen. Zu diesem Zweck bedienten sich die genannten Theorien der Einführung anderer, neuer rechtlichen Begriffe, und wenn an der konstruktiven Verwendbarkeit dieser Ansichten gezweifelt werden mußte, so hat das seinen Grund in der Eigenart dieser neu eingeführten Rechtsvorstellungen. Sie sind nämlich nicht nur insofern neu, als sie im BGB. bisher nicht vorkommen, sondern darüber hinaus ließ sich sogar durchweg der Nachweis führen, daß sie dem geltenden Recht grundsätzlich fremd und mit anderen prinzipiellen Begriffen des BGB. unvereinbar sind.

---

36) Vgl. Laband, Ztschr. f. Handelsrecht, Bd. 30, S. 482.

37) Der eigentliche Schwerpunkt der Ideen Engländers liegt allerdings nicht in dieser de lege lata zu verstehenden Konstruktion, sondern in seinen theoretischen Auseinandersetzungen über das Wesen der Gemeinschaft mehrerer am ungeteilten Recht. Es liege in der Natur der Sache, daß bisher eine befriedigende Lösung dieses Problems noch nicht gefunden sei. Denn alle bisherigen Versuche seien von einem besonders gearteten Subjekt oder Objekt des gemeinschaftlichen Rechts ausgegangen. Tatsächlich sei aber die Gemeinschaftlichkeit eine inhaltliche Eigenart des gemeinschaftlichen Rechts selbst. Es lasse sich nämlich das subjektive Recht spalten in seinen eigentlichen „Inhalt" und die „Zuständigkeit" (a. a. O. S. 35 und 293). Der erstere Bestandteil, der Rechtsinhalt, bleibe immer derselbe, gleichviel, ob das betreffende Recht einer Mehrheit von Personen zustehe oder einem einzelnen. Das Eigentum mehrerer sei inhaltlich nichts anderes als das Eigentum einer einzelnen Person.

Dagegen könne die Zuständigkeit zwei verschiedene Formen anehmen, je nachdem, ob nur einer berechtigt sei („Einzelzuständigkeit") oder — im Falle der Rechtsgemeinschaft — mehrere („Mehrzuständigkeit"). Der Rechtsinhalt bleibe dabei gemeinschaftlich und ein einheitliches Ganzes. Es bestehe aber eine Mehrheit von Zuständigkeitsbeziehungen. „Die verschiedenen Zuständigkeitsformen seien somit die Zustände eines und desselben Rechtsinhalts, die zufolge der verschiedenen Art seiner Zuständigkeit eintreten und sich mit dem Wechsel der Zuständigkeit wandeln." (I, S. 39).

Es wurde schon darauf hingewiesen, daß diese Ausführungen nur de lega ferenda aufzufassen sind und daher für die Entscheidung der hier zu behandlenden Frage nicht herangezogen werden können.

Daß die Ergebnisse so wenig praktischen Wert haben, wird aber durch ein Zurückgehen auf den Ausgangspunkt aller dieser Theorien leicht begreiflich. Sie gehen sämtlich von der Frage aus, ob die gesamthänderischen Gemeinschafter Anteile an den einzelnen gemeinschaftlichen Sachen haben, oder ob ihnen ein Anteil nur am ganzen Vermögen der Gesamthand zusteht.

Dabei ergibt sich dann notwendigerweise, daß die Anteile an den einzelnen Sachen — ihr Bestehen vorausgesetzt — nichts anderes sein könnten als Bruchteile. Wird nämlich ein Recht unter mehrere Subjekte geteilt, so steht eben denknotwendig keinem dieser Subjekte das ganze Recht zu, sondern jedem ein Teil. Jeder Teil eines Ganzen läßt sich aber als Bruchteil ausdrücken. Die Voraussetzung, daß dem Einzelnen Anteile an der Nachlaßsache überhaupt zustehen, zwingt also zu der Annahme, daß es sich dabei um Miteigentum nach Quoten handelt.

Bis hierher entspricht der Gedankengang der oben wiedergegebenen Theorie Binders.[38]

Die anderen bisher angeführten Lehrmeinungen bleiben aber bei diesem Ergebnis nicht stehen, und zwar in der historisch begründeten Erkenntnis, daß ja die Berechtigung der sog. gesamthänderischen Gemeinschafter, wo sie im BGB. auftritt, etwas anderes sein sollte, als das im BGB. schon an anderer Stelle[39] geregelte Miteigentum nach Bruchteilen. Die Ablehnung von Bruchteilen führt aber notwendig zur Verneinung der Anteile am einzelnen Gegenstand überhaupt, denn jeder Anteil müßte ja aus den soeben erwähnten rein logischen Gründen zugleich ein Bruchteil des ganzen Rechts sein.

So mußten diejenigen Theorien, welche nicht der Meinung Binders folgen und darüber hinaus das Bestehen einer bruchteilsweisen Berechtigung bestreiten, notwendig zu dem Ergebnis kommen, daß den Gesamthändern ein Eigentumsrecht nur an dem Vermögen der Gemeinschaft in seiner Gesamtheit zustehe, nicht aber an den einzelnen Sachen.

Daß aber diese Vorstellung dem BGB. grundsätzlich fremd ist, wurde weiter oben schon dargelegt. Sie ist ohne die Einführung des Gesamtobjekts oder eines besonderes gearteten, dem BGB. wesensfremden Rechtsträger undenkbar. Es ist daher auch nirgends gelungen, diese Vorstellung systematisch zu begründen, ohne dabei — in der bei den einzelnen Theorien wiedergegebenen Weise — Rechtsvorstellungen heranziehen zu müssen, die es auf dem Boden des BGB. nicht geben kann.

---

38) Vgl. insbes. III, S. 27.
39) §§ 1008 ff.

Es ist aber auch bei Ablehnung der Auffassung, die in den Anteilen nichts anderes sieht, als die Quoten regulärer Miteigentümer, nicht notwendig, das Bestehen von Anteilen völlig zu leugnen.

Wenn nämlich die hier berührte Streitfrage überhaupt praktische Bedeutung haben soll, so darf sie nicht dahin gestellt werden, ob den Miterben — bzw. den gesamthänderischen Gemeinschaftern überhaupt — Anteile an den einzelnen gemeinschaftlichen Sachen zustehen oder nicht. Von rechtlicher Bedeutung ist vielmehr nur die Frage, ob die etwa bestehenden Anteile, deren Eigenschaft als Bruchteile vorauszusetzen sich aus den soeben dargelegten Gründen empfiehlt, ihrer Natur nach Gegenstand des Rechtsverkehrs sein können. Würde sich nämlich dabei ergeben, daß die Anteile jedenfalls nicht Gegenstand des Rechtsverkehrs sein können, so wäre es ohne praktisches Interesse, darüber hinaus noch feststellen zu wollen, ob die Anteile, die ohnedies für den Rechtsverkehr ohne jede Bedeutung wären, tatsächlich vorhanden sind, oder ob sie überhaupt nicht bestehen.

In diesem Sinne ist die Streitfrage auch von der Praxis erfaßt worden.

Siebzehntes Kapitel.

Schon das preußische Obertribunal hat seinen Standpunkt hinsichtlich dieser Frage in dem Plenarbeschluß vom 13. 3. 1857[40] nur in dem Sinne festgelegt, daß jedem von mehreren Miterben während der Dauer der Gemeinschaft jedenfalls ein bestimmter, verhältnismäßiger Anteil an jedem einzelnen Nachlaßstück als sein besonderes Eigentum nicht zustehe. Das war später auch der Standpunkt des Reichsgerichts, wie er in seinen Entscheidungen immer wieder zum Ausdruck gelangt.[41] In einigen der früheren Entscheidungen hat diese Anschauung hin und wieder noch keinen ganz unmißverständlichen und eindeutigen Ausdruck gefunden. Mit Bezug auf alle diese Entscheidungen wird aber in RG. 65, 231 ausdrücklich hervorgehoben, daß nirgends der Standpunkt des Reichsgerichts etwa dahin auszulegen, sei, daß das Bestehen von unmittelbaren Anteilen an der einzelnen gemeinschaftlichen Sache verneint werde; vielmehr sei an allen diesen Orten nur so viel gesagt, daß die Miteigentumsanteile der Gemeinschafter nicht in der Weise bestimmt seien, wie beim Miteigentum gemäß §§ 1008 ff. BGB. So heißt es auch in RG. 84, 110: Die einzelnen Gemeinschafter seien am Gesamtvermögen und damit selbstverständlich auch an den einzelnen dazu

---

40) Entsch. d. Obertrib. Bd. 35, S. 352.
41) Vgl. RG. 9, 272; 16, 252; 49, 486; 57, 433; 68, 112; 84, 110, 94, 243, Gruchot 24, 454; 36, 319.

gehörigen Gegenständen anteilsberechtigt. Dieses Miteigentum des Einzelnen sei aber kein Bruchteilseigentum im Sinne der §§ 1008 ff. BGB., bei der Gesamthand seien vielmehr die Anteile nicht fest bestimmt, sondern veränderlich und sie seien auch als solche, im Gegensatz zu den Eigentumsbruchteilen, nicht Gegenstand des Rechtsverkehrs.[42] Die gleiche Begründung findet sich auch schon — mit Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis des BGB. — im 68. Bd., S. 112: Da man eine juristische Person hier nicht annehmen könne, und demnach als Eigentümer der einzelnen Sache die Gesamthänder selbst anzusehen habe, so sei auch die Folgerung nicht von der Hand zu weisen, daß die einzelnen Gemeinschafter Miteigentümer der gemeinschaftlichen Sache sind. Das Miteigentum der Gesamthänder sei aber zweifellos nicht das römische Bruchteilseigentum (condominium pro indivisio) weil die Anteile nicht fest bestimmt, sondern veränderlich seien.

In der Literatur ist diese von der Praxis herausgebildete Ansicht namentlich von Staudinger[43] und offenbar auch von Strohal[44] vertreten.

Sie ist auch tatsächlich allen anderen Theorien insofern überlegen, als sie einmal die Besonderheit der Miterbengemeinschaft — die Verfügungsbeschränkung des § 2033 Abs. 2 — aus der Eigenart dieses Gemeinschaftsverhältnisses heraus erklärt, und andererseits dazu in dem „Bruchteil, dessen Höhe nicht feststellbar ist, und der aus diesem Grunde nicht Gegenstand des Rechtsverkehrs sein kann", einen Begriff einführt, der zwar im BGB. sonst nicht vorkommt, mit den Grundsätzen des geltenden Rechts aber auch nicht im Widerspruch steht.

Diese Ansicht entspricht also den oben[45] gestellten Anforderungen und soll im folgenden zugrunde gelegt werden.

Achtzehntes Kapitel.

Das Eingehen auf die Frage nach der Natur der Miterbenanteile an der einzelnen Sache war erforderlich zum Zweck der Feststellung, ob die hier vom Erblasser getroffene Verfügung[46] nur deshalb unwirksam war, weil sie von einem Nichtberechtigten vorgenommen wurde, oder ob es sich um eine Verfügung handelte, die aus begrifflichen Gründen überhaupt nicht rechtswirksam vorgenommen werden kann, und zu deren Vornahme, sich daher auch der Erblasser (= Mit-

42) Ebenso RG. 94, 243.
43) V, S. 203, Anm. 2 zu § 2032.
44) § 64.
45) Siehe Kapitel 12.
46) Vgl. oben Kapitel 3.

erbe) nicht wirksam verpflichten konnte. Daß es sich bei dieser Verfügung um eine Veräußerung von Miterbenanteilen an einer einzelnen Nachlaßsache handelte, ist bereits oben[47] dargelegt worden.

Bei Zugrundelegung der Ansicht des Reichsgerichts ergibt sich nun, daß eine Verfügung über solche Anteile nicht nur verboten, sondern überhaupt undenkbar ist, weil die Anteile ihrer Natur nach nicht Gegenstand von Rechtsgeschäften sein können.

Demnach hat sich auch der Erblasser zu seiner Verfügung nicht wirksam verpflichten können, und es ist infolgedessen auch auf seine Erben keine obligatorische Verpflichtung dieses Inhalts übergegangen.

Damit entfallen aber die Voraussetzungen einer Anwendung des § 185 Abs. 2, Halbsatz 3, BGB., da ja — wie oben, Kapitel 3, auseinandergesetzt wurde, — diese Bestimmung gerade an das Zusammentreffen des Herausgabeanspruches des Berechtigten mit der hier fehlenden obligatorischen Verpflichtung zur erneuten und nunmehr wirksamen Vornahme der vom Erblasser versuchten Verfügung anknüpft.

Die hier gestellte Frage ist demnach dahin zu beantworten, daß eine Konvalescenz nicht eintritt.

Neunzehntes Kapitel.

Dieses Ergebnis findet noch in einem weiteren Umstande eine Stütze. Wir hatten bereits weiter oben gesehen, daß die hier in Betracht stehende Teilbestimmung des § 185 BGB. die rechtliche Folge ausspricht, welche eintritt, sobald der Alleinerbe der beschränkten Haftung verlustig geht und damit eine Vereinigung von Schuld und Verbindlichkeit in seiner Person eintritt.

Bei der Gemeinschaft der Miterben liegen aber die Voraussetzungen anders. Denn hier ist ja der Eintritt der Vermischung nicht an das Bestehen oder den Verlust der beschränkten Haftung geknüpft, sondern die Konfusion tritt immer erst dann ein, wenn der Nachlaß geteilt ist.[48] Schon in dem Wortlaut des § 185 BGB. — „und der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet" — prägt sich also aus, daß diese Gesetzesvorschrift auf die Verhältnisse des **Alleinerben** bezogen sein will, nicht auch auf die anders geartete Rechtslage der Miterben.[49]

---

47) Siehe Kapitel 4.

48) Staudinger Anm. 5 zu 2032; Strohal § 64, I 5 a, Cosack II § 414; Lindemann-Goergel, Anm. 1 zu § 2032.

49) Vgl. Kreß, S. 5; RG. 110, 95.

Noch deutlicher zeigt sich das in der Vorschrift des § 2063 Abs. 2 BGB. Da nämlich auch der Erwerber der vom Erblasser (= Miterben) veräußerten Sache dem Miterbenverbande angehört, haftet ihm gegenüber auch der durch die Verfügung benachteiligte Miterbe nur beschränkt.

Schon aus diesem Grunde ist daher eine Konvaleszenz der Verfügung ausgeschlossen und die Vorschrift des § 185 Abs. 2 Halbsatz 3, BGB. für einen Erbfall innerhalb einer bestehenden Miterbengemeinschaft nicht anwendbar.

Lebenslauf.

Ich bin am 3. Februar 1904 als Sohn des Justizrats Kalisch und seiner Ehefrau Olga, geb. Landsberg, in Breslau geboren. Ich besuchte das Johannes-Gymnasium in Breslau, das ich Ostern 1922 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Sodann studierte ich Rechtswissenschaften an den Universitäten Breslau, Würzburg und Göttingen und legte im März 1926 die erste Staatsprüfung in Breslau ab.

Walter Kalisch.